

Prerrogativa de foro no âmbito da improbidade: imunidade ou impunidade?



Lenira Pinho de Medeiros

Analista Judiciário do TRF/4ª Região

publicado em 30.10.2012

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Resumo

A aplicação da Lei de Improbidade Administrativa sobre os agentes políticos, malgrado passados 20 anos da sua edição, é tema da ordem do dia. Muito embora a questão já tenha sido examinada pelas Cortes Superiores, não há como dizer pacífica a jurisprudência. O entendimento inicialmente defendido pelo Supremo Tribunal Federal, de que os agentes políticos de que trata a Lei nº 1.079/50 estão imunes, ou, ao menos, parcialmente imunes, às sanções de improbidade, deixou de ser reafirmado, certo que a Constituição Federal (art. 37, § 4º) não chancela tal compreensão. De outra banda, há consenso de que as sanções da Lei de Improbidade são ontologicamente semelhantes às sanções penais, para as quais há regime constitucional próprio, sendo assegurada aos agentes políticos a prerrogativa de foro nas infrações penais. Em face dessa similitude, resta saber se a prerrogativa de foro constitucionalmente prevista no âmbito criminal seria ínsita ao sistema punitivo da ação de improbidade, na medida em que suas sanções, além de análogas às penais, podem ser até mais gravosas que estas.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Agentes políticos. Incidência. Foro por prerrogativa de função. Foro privilegiado.

Sumário: Introdução. 1 Incidência da Lei de Improbidade aos agentes políticos. 1.1 Conceito de agente político. 1.2 O que diz a lei. 1.3 O que diz a doutrina. 1.4 O que assenta a atual jurisprudência das Cortes Superiores. 2 Foro privilegiado no âmbito da ação civil de improbidade administrativa. 2.1 Considerações. 2.2 Razões que apontam pelo seu descabimento no âmbito da improbidade. 2.3 Posições que justificam a sua adoção no âmbito da improbidade. 2.3.1 Posição do Ministro Gilmar Mendes. 2.3.2 Posição do Ministro Teori Albino Zavascki.

Introdução

Passados mais de vinte anos da vigência da Lei nº 8.429/92, a chamada Lei da Improbidade Administrativa (LIA), segue controversa questão prejudicial ligada à sua incidência sobre os agentes políticos, assim como questão que dificulta a sua aplicação sobre os mesmos, qual seja, a manutenção de foro privilegiado no âmbito da improbidade.

Tive a oportunidade de assistir a dois eventos promovidos pela Escola da Magistratura deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região, neste ano de 2012, que abordaram tal temática, ocasião em que foi mencionado que, apesar da sua idade, a Lei de Improbidade ainda não tem uma identidade própria. Ainda se estaria buscando construir seus caracteres próprios. Ainda não há certeza de sua aplicação aos agentes políticos.

Constatação preocupante, na medida em que os agentes políticos exercem as funções de mais alto poder de mando na Administração Pública, recaindo sobre eles, dentre inúmeros outros nobres desígnios de interesse da nação, decidir sobre a destinação dos recursos e ordenar as despesas públicas. Inquietante saber que justamente sobre quem “governa” é que há dúvidas quanto à aplicação da Lei de Improbidade.

Lamentável constatação, também, diante da ausência de *virtú* que revelam nossos agentes políticos, característica essa, segundo rotula Norberto Bobbio, como que necessária no homem que ocupa cargos públicos.

Não obstante, a posição inicialmente sustentada pela Corte Suprema quanto à não incidência da Lei de Improbidade aos agentes políticos, uma vez que respondem apenas por crimes de responsabilidade, pode-se dizer superada. É majoritário o entendimento de que todo aquele que mantém vínculo com o poder público, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.429/92, será potencialmente sujeito ativo da Lei de Improbidade. Portanto, os agentes políticos, abstraída a origem do vínculo, estariam sujeitos à LIA.

Quanto à prerrogativa de foro no âmbito da improbidade, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no momento, admite tal privilégio. A tese repousa na identidade de tipologia entre a Lei de Improbidade e a lei que define os crimes de responsabilidade, Lei nº 1.079/50. O argumento constitucional, extraído do art. 85, inciso V, é de que o crime de responsabilidade está associado, em razão da violação de valores, à ideia de probidade administrativa.

Para Emerson Garcia, tal posição é juridicamente insustentável, sociologicamente reprovável, moralmente lamentável.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, porém, invoca a necessidade de se desenvolver um pensamento crítico acerca do assunto. Afirma que a prerrogativa de foro não deve ser vista como um privilégio, visto que decorre de quadro funcional especial e de modelo institucional que necessita ser discutido, alertando haver um divórcio entre a Lei nº 1.079/50, que não foi atualizada, e a Lei de Improbidade Administrativa.

O Ministro Teori Albino Zavascki comunga de opinião que vai ao encontro da posição do Ministro Gilmar Mendes. Argumenta que temos regime constitucional para as sanções de natureza penal. Admite que o agente político está sujeito à LIA, mas, como suas sanções têm conteúdo, natureza e finalidade iguais às penais, não vê como, em visão finalística, estabelecer diferença entre os sistemas, afirmando que as sanções da Lei de Improbidade, por serem mais graves do que as sanções civis, são merecedoras de garantia de foro.

Essas, em resumo, são as questões controversas abordadas no breve estudo, pretendendo o presente artigo expor algumas das conclusões atuais acerca do assunto.

1 Extensão da Lei de Improbidade aos agentes políticos

1.1 Conceito de agente político

Em primeiro lugar, tomemos o conceito de agente político do saudoso Hely Lopes Meirelles, já adotado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 228.977-2/SP, Rel. Ministro Néri da Silveira, DJ 12.4.2002, e mais recentemente citado pelo Ministro Eros Grau no RE 579799/SP AgR, Dje 12.12.2008:

“Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizados, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juizes nos seus julgados, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilidade civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má

-fé ou abuso de poder.

Nessa categoria encontram-se os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos)."

Marçal Justen Filho também adota conceito mais amplo de agente político:

"É possível fazer uma primeira grande classificação entre os agentes políticos e não políticos conforme o modo de investidura e as competências reservadas aos agentes. Os agentes políticos são aqueles investidos das competências políticas fundamentais, aos quais cabem as decisões mais importantes quanto aos fins e aos meios de atuação estatal, como emanção direta da soberania popular. (...)

É inquestionável que os agentes não políticos exercem uma função que também apresenta alguma natureza política, visto que todo o sujeito que atua como órgão estatal, sob vínculo de direito público, é um representante do povo. Mas a natureza das atribuições desses agentes é mais acentuadamente vinculada à aplicação do direito e à promoção de atividades necessárias à satisfação dos direitos fundamentais. Sua função essencial não consiste em identificar e traduzir a vontade do povo, nem em formular as decisões fundamentais inerentes à soberania. (...)

Ademais disso, há competências reservadas aos agentes não políticos que envolvem atividades essenciais à promoção do Bem Comum. Assim se passa nos casos, por exemplo, dos exercentes de funções jurisdicionais, do Ministério Público ou de Tribunais de Contas."

Agentes políticos, portanto, de longa data, não seriam somente aqueles cujo vínculo com a Administração Pública decorre de uma eleição, mas, nos dizeres de Celso Antonio Bandeira de Mello, "aqueles que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado".

1.2 O que diz a lei sobre a incidência da Lei de Improbidade aos agentes políticos

Vale conferir.

O art. 37, §§ 4º a 6º, da Constituição Federal, matriz da Lei de Improbidade Administrativa, dispõe:

"§ 4º – Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º – A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por **qualquer agente, servidor ou não**, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

§ 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

E no seu artigo 2º, a Lei nº 8.429/92 define os sujeitos ativos próprios da improbidade administrativa:

"Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, **todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.**"

Note-se que a Lei de Improbidade, a exemplo de sua matriz constitucional (§4º do art. 37), não faz qualquer diferenciação entre os detentores de mandato eletivo e os demais agentes públicos quanto à aplicação de seus preceitos, tendo até deixado expressa a sua incidência sobre os detentores de mandato no seu art. 2º. Assim, salvo disposição constitucional prevendo procedimento específico para tanto, os seus dispositivos incidem indistintamente sobre todos os agentes públicos, ou seja, sobre qualquer um que mantenha vínculo com o Poder Público.

Veja-se também que a lei trouxe um conceito bastante elástico de agente público para os fins da LIA, superando o conceito traçado no art. 327 do CP para fins criminais, assim como o art. 6º da Lei da Ação Popular.

1.3 O que afirma a doutrina sobre a incidência da Lei de Improbidade aos agentes políticos

Presentemente é majoritária no sentido da sua aplicação, consoante se verifica das seguintes manifestações:

“Afigura-se indubitável, no entanto, que os detentores de mandato político (Parlamentar, Governador, Prefeito etc.) devem observar os princípios estatuídos no art. 37 da Constituição, pois não seria razoável sustentar que esse preceito, o que inclui o seu parágrafo quarto, somente seria aplicável aos demais servidores públicos. Estes possuem disciplina autônoma nos arts. 39 e ss da Constituição da República, não sendo demais lembrar que muitos dos detentores de mandato político ocupam o mais alto grau hierárquico do Poder Executivo, qualquer que seja o ente da Federação, o que os erige à condição de principais destinatários das normas que disciplinam a administração pública e que definem os atos de improbidade.

Entender que ao Legislativo é defeso atribuir consequências criminais, cíveis, políticas ou administrativas a um mesmo fato, inclusive com identidade de tipologia, é algo novo na ciência jurídica. Se o Constituinte não impôs tal vedação, será legítimo ao pseudointérprete impô-la? E o pior, é crível a tese de que a Lei nº 1.079/50 é especial em relação à Lei nº 8.429/92, culminado em absorver a última? É defeso que o agente público responda por seus atos em diferentes esferas, todas previamente definidas e individualizadas pelo Legislador? Como é fácil perceber, é por demais difícil sustentar que uma resposta positiva a esses questionamentos possa ser amparada pela Constituição, pela moral ou pela razão.” (GARCIA, Emerson. **Sujeitos dos atos de improbidade**: reflexões. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 715, 20 jun. 2005. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/6912>> . Acesso em 18 set. 2012)

“No tocante aos agentes públicos, repita-se, não se vê em que medida possam estar descartados do raio de incidência da LGIA, conquanto o STF possa decidir em sentido contrário, acolhendo a tese de que tal diploma legal consagraria crimes de responsabilidade para determinados agentes políticos. Destacamos que, mesmo nesse caso, nem todos os agentes políticos estariam descartados da LGIA, porquanto há categorias que não se subordinam aos crimes de responsabilidade, como é o caso dos magistrados e membros do Ministério Público, sem falar nos membros dos Tribunais de Contas. Se o STF delibera no sentido da exclusão de determinadas classes de agentes políticos do âmbito de incidência da LGIA, essa decisão, conquanto equivocada, não retira o caráter geral deste Código de Conduta, porque nem mesmo elimina a presença de outros agentes políticos debaixo da tutela do Código.

Em realidade, a discussão que se há de admitir é sobre os ritos punitivos endereçados a certas autoridades. As prerrogativas de foro, repita-se, são ou podem ser válidas, do ponto de vista jurídico, considerando a aproximação entre direito penal e direito administrativo sancionador. Não obstante, não se pode aceitar a criação de inconstitucional imunidade a determinada classe de agentes públicos, não prevista nem na Magna Carta, nem nas leis, diante do alcance da LGIA.” (MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 208-9)

“O tema é indiscutivelmente polêmico, mas nos parece que nenhuma autoridade

civil está imune à decretação da perda do cargo, função ou emprego público, inclusive Presidente da República, Ministros, Governadores, Secretários, Prefeitos, Senadores, Deputados, Vereadores, Magistrados e Membros do Ministério Público, ante a abrangência e a imperatividade do § 4º do art. 37 da Constituição Federal. Em relação aos agentes com mandato político, aderimos às observações no sentido de que:

‘O sistema de responsabilidade adotado pela Constituição não é único ou exclusivo. O art. 37, § 4º, diferencia a responsabilidade penal da responsabilidade cível por ato de improbidade. O art. 52, parágrafo único, da mesma forma, dispõe que a condenação por crime de responsabilidade perante o Senado Federal limitar-se-á à perda do cargo, com inabilitação por 8 anos para o exercício de função pública, ‘sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis’. Aliás, a independência de instâncias é doutrina consolidada entre nós de há muito. No caso dos parlamentares, há ainda outros argumentos. Primeiro, não existe a assimilação total entre improbidade e atos parlamentares indecorosos. Depois e mais importante, o próprio art. 55, IV e V, indica como causa de perda de mandato a perda ou suspensão dos direitos políticos, destacada da decretação da Justiça Eleitoral. Suspensão que se pode dar, por exemplo, como sanção em ação civil por improbidade.”(NEIVA, José Antônio Lisboa. **Improbidade Administrativa**. Niterói/RJ: Impetus, 2009. p. 32-3)

De salientar que alguns autores sustentam a existência de casos excepcionais de raiz constitucional, que não admitem a incidência plena das sanções da Lei de Improbidade Administrativa a determinadas autoridades. Tais dispositivos dizem respeito à suspensão dos direitos políticos e à perda da função do Presidente da República, dos Senadores e dos Deputados Federais, Estaduais e Distritais (arts. 85, 86, 55 e 27, §1º, da CF/88).

Sobre o tema, o escólio pontual de Carlos Frederico Brito dos Santos:

“Assim, o Presidente da República, se autor de improbidade administrativa, não estaria sujeito às sanções da perda da função pública e da suspensão dos direitos políticos, uma vez que a aplicação de tais penalidades seria regida pela própria Constituição Federal ao disciplinar a cassação do Chefe do Executivo (arts. 85 e 86) diante dos crimes de responsabilidade definidos pela Lei Federal nº 1.079/50, embora tal autoridade não estivesse imune às demais sanções inscritas no art. 12, I, II e III, da Lei nº 8.429/92.”

Já para os parlamentares federais, estaduais e distritais, esclarece o indigitado doutrinador que “a Constituição da República previu (art. 55, I a IV), em *numerus clausus*, as hipóteses em que eles poderão ter os seus mandatos cassados – sempre condicionados ao prévio pronunciamento do órgão competente do Poder Legislativo”. Assim, por força de uma exceção de ordem constitucional, estaremos diante da situação inusitada do julgamento parcelado da conduta dos parlamentares federais, estaduais e distritais pela prática de um mesmo fato ilícito, com a aplicação das demais sanções pelo Poder Judiciário, com base no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, e a remessa de peças informativas à respectiva Casa Legislativa para fins de declaração de cassação do mandato parlamentar (equivalente à perda da função pública).

1.4 O que diz a atual jurisprudência das Cortes Superiores sobre a incidência da lei de improbidade aos agentes políticos

Tirante esses casos excepcionais, pode-se afirmar que a jurisprudência, após o tormentoso julgamento da Rcl nº 2.138 pelo Supremo Tribunal Federal, no qual o Pretório sinalizou pela impossibilidade de cumulatividade das sanções da Lei de Improbidade com outro estatuto legal que preveja crimes de responsabilidade (Lei nº 1.079/50 e Decreto-Lei nº 201/67), assentou posição no sentido de admitir a possibilidade de que agentes políticos respondam por atos enquadrados na Lei nº 8.429/92.

Mesmo o Supremo Tribunal Federal, conforme revela a evolução da sua jurisprudência, acabou por admitir a possibilidade de que agentes políticos respondam por atos enquadrados na Lei nº 8.429/92. Vejamos:

Rcl nº 2.138/DF – os agentes políticos não estão sujeitos a processo decorrente da prática de atos de improbidade administrativa, uma vez que respondem apenas por crimes de responsabilidade.

“(…) A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992), e o regime fixado no art. 102, I, c (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição.” (Rcl nº 2.138, Relator Min. NELSON JOBIM, Relator p/ Acórdão Min. GILMAR MENDES (ART. 38, IV, b, DO RISTF), Pleno, julgado em **13.06.2007**, DJe 18.04.2008)

Pet-QO nº 3.923/SP – Modificou de forma expressa a anterior posição, firmando entendimento no sentido de que as condutas de improbidade administrativa não estão absorvidas pelos crimes de responsabilidade.

“(…) A Lei 8.429/1992 regulamenta o art. 37, parágrafo 4º, da Constituição, que traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no *caput* do mesmo dispositivo constitucional. As condutas descritas na Lei de Improbidade Administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade.” (Pet nº 3.923 QO, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Pleno, julgado em **13.06.2007**, DJe 26.09.2008)

Rcl nº 5.126-AGR/RO – O precedente da Rcl nº 2.138 não se aplica aos membros do Congresso Nacional.

“AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEMBRO DO CONGRESSO NACIONAL. Os julgados desta Corte apontados como ofendidos, Reclamações nº 4.895/DF e nº 2.138/DF, não tratam da mesma situação destes autos, porquanto cuidaram da competência para o processamento de ação de improbidade contra ato praticado por Ministro de Estado (art. 102, I, c, da Constituição Federal), circunstância diversa da presente, que envolve membro do Congresso Nacional, relativamente ao qual a legislação infraconstitucional não prevê crime de responsabilidade. 2. Agravo regimental desprovido.” (Rcl 5.126 AgR/RO, Rel. Min. MENEZES DIREITO, Pleno, julgado em **21.11.2007**, DJe j. 19.12.2007)

Pet-QO nº 3.211/DF – Não proclamou expressamente a elisão da responsabilidade por improbidade em face à sujeição ao regime dos crimes de responsabilidade, mas inovou, fixando o foro por prerrogativa de função para o julgamento de ação de improbidade movida em face de Ministro daquela Corte, o próprio STF, e, indo além, decretou a extinção e arquivamento do feito, o que autoriza concluir ter admitido, ainda que de modo implícito, a possibilidade de que agentes políticos respondam por atos enquadrados na LIA.

“(…) 1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros. 2. Arquivamento da ação quanto ao Ministro da Suprema Corte e remessa dos autos ao Juízo de 1º grau de jurisdição no tocante aos demais.” (Pet-QO nº 3.211/DF, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Min. MENEZES DIREITO, Pleno, julgado em **13.08.2008**, DJe 27.06.2008)

Rcl nº 6.034 MC-AgR – O precedente da Rcl nº 2.138 não é aplicável aos Prefeitos Municipais.

“PROCESSUAL. ATO DE IMPROBIDADE DE PREFEITO MUNICIPAL. CONFIGURAÇÃO COMO CRIME DE RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA DO JUIZ MONOCRÁTICO PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE MATERIAL COM OS PARADIGMAS INVOCADOS. AGRAVO IMPROVIDO. I – Os paradigmas invocados pelo agravante dizem respeito à estipulação da competência desta Suprema Corte para processar e julgar os crimes de responsabilidade cometidos por Ministros de Estado. II – O STF tem

entendido, nessas hipóteses, que os atos de improbidade administrativa devem ser caracterizados como crime de responsabilidade. III – Na espécie, trata-se de prefeito municipal processado por atos de improbidade administrativa que entende ser de competência originária do Tribunal de Justiça local, e não do juiz monocrático, o processamento e julgamento do feito. IV – Não há identidade material entre o caso sob exame e as decisões invocadas como paradigma. V – Agravo improvido.” (Rcl nº 6.034 MC-AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Pleno, j. em **25.06.2008**, DJe 01.08.2008)

Rcl nº 7.339 – o Ministro Carlos Ayres Britto, em decisão proferida na data de **12.12.2008**, aplica o entendimento firmado na Q.O. da Pet. nº 3.923/SP.

“Esclareço, por oportuno, que este último precedente reflete o pensamento da atual composição deste Supremo Tribunal Federal. É que na Rcl nº 2.138 não votaram, quanto ao mérito, a Ministra Carmem Lúcia, e os Ministros Lewandowski, Eros Grau e Carlos Ayres Britto, pois sucederam Ministros com votos já proferidos.”

Petição nº 4497/AM – o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, em **17.02.2009**, manifesta-se pela competência do Juízo de primeiro grau para processar e julgar os casos de improbidade, ao argumento explícito de que o ato de improbidade difere do crime de responsabilidade.

“Entendimento recente do Supremo Tribunal Federal consigna a competência do Juízo de 1º grau para processar e julgar os casos de improbidade administrativa, visto que se trata de questão diversa do crime de responsabilidade disciplinado pelo Decreto-Lei 201/67.”

Registro que, em inúmeros julgados que se seguiram acerca da matéria, o próprio STF tem afirmado a ausência de eficácia vinculante e efeitos *erga omnes* da decisão proferida na Rcl nº 2.138.

De igual forma a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 535 E 538 DO CPC. INEXISTÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. VALORAÇÃO DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGENTES POLÍTICOS. INCIDÊNCIA DA LIA. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. REEXAME DE FATOS. (...) 5. Aplicam-se a agentes políticos municipais, tais como prefeitos e secretários, as sanções previstas na Lei 8.429/1992. Precedentes do STJ. (...)” (REsp 1270078/PR, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 22.08.2012)

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. MAGISTRADO. NÃO INCLUSÃO NO ROL DOS ARTS. 39 E 39-A DA LEI 1.079/50, ALTERADA PELA LEI 10.028/00. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. APLICABILIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL: RCL 2.790/SC. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...) 2. A Lei 1.079/50 não abrange o processo e o julgamento de Magistrados, quando praticam condutas alegadamente ímprobas. A Lei é clara e traz um rol taxativo em seu art. 10 das condutas que caracterizam crime de responsabilidade, o que não é compatível com as acusações imputadas ao recorrido. Ademais, consoante a jurisprudência do STJ, ressalvada a hipótese dos atos de improbidade cometidos pelo Presidente da República, aos quais se aplica o regime especial previsto no art. 86 da Carta Magna, os Agentes Políticos sujeitos a crime de responsabilidade não são imunes às sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º, da CF. 3. A decisão proferida na RCL 2.138/DF, em que se baseou o Tribunal a quo para fundamentar a sua decisão, não possui efeito vinculante ou eficácia *erga omnes*, uma vez que esse julgado somente produziu efeitos perante as partes que integraram aquela relação processual. 4. Quanto ao foro por prerrogativa funcional suscitada em contrarrazões pelo recorrido, não comporta provimento. A Corte Especial do STJ, no julgamento do AgRg na Sd 208/AM, já teve oportunidade de orientar que aqueles que dispõem de foro especial por prerrogativa da função que exerçam também o conservam na hipótese de ação formulada com base na Lei 8.429/92. Todavia, no caso concreto, segundo informa o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o recorrido não faz jus ao foro

privilegiado, uma vez que não mais ocupa a função de Desembargador Federal, em face de sua aposentadoria. 5. Dá-se provimento ao Recurso Especial para reconhecer a incidência da Lei de Improbidade Administrativa aos Agentes Políticos e assentar que o recorrido não faz jus ao foro especial, em razão de não mais exercer o cargo de Desembargador Federal. Retornem os autos ao Juízo de origem para processar e julgar o feito. 6. Recurso Especial provido.” (REsp 1205562/RS, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 17.02.2012)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA POR JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 7 DESTA CORTE SUPERIOR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTES POLÍTICOS. COMPATIBILIDADE ENTRE REGIME ESPECIAL DE RESPONSABILIZAÇÃO POLÍTICA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO. CARACTERIZAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. (...) 7. Esta Corte Superior admite a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade em face de agentes políticos, em razão da perfeita compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/92. Precedente.” (REsp 1277440/PR, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 14.02.2012)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. CONTRATAÇÃO DIRETA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS. ESFERAS PENAL E CÍVEL. INDEPENDÊNCIA. ATO DE IMPROBIDADE. CONFIGURAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DAS PENAS. REEXAME. SÚMULA Nº 7/STJ. DISPENSA DE LICITAÇÃO. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. (...) II – O posicionamento adotado pela Corte de origem se afina com o deste Sodalício Superior no sentido de que é perfeitamente possível a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. Precedentes: Rcl nº 2.790/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 4.03.2010; AgRg no REsp nº 1.189.265/MS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 14.02.2011. Incidência do verbete sumular nº 83/STJ. (...)” (AgRg no REsp 1220011/PR, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJe 06.12.2011)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PARTICIPAÇÃO DE MAGISTRADO EM SOCIEDADES EMPRESÁRIAS, COMO SÓCIO DE FATO. APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/1992. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL, NOS TERMOS DO ART. 17 DA LEI Nº 8.429/1992. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 165, 458 E 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO VERIFICADA. ARTIGO 26 DA LC Nº 35/1979 NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULA Nº 211 DO STJ. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA Nº 83 DO STJ. (...) 3. ‘Esta Corte Superior tem posicionamento pacífico no sentido de que não existe norma vigente que desqualifique os agentes políticos – incluindo os magistrados – da possibilidade de figurar como parte legítima no pólo passivo de ações de improbidade administrativa’ (AgRg no REsp 1127541/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 11.11.2010). No mesmo sentido, dentre outros: EDcl no AgRg na AIA 26/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Corte Especial, DJe 01.07.2009; REsp 1127182/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.10.2010.” (AgRg no Ag 1323633/SP, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 11.04.2011)

Pode-se dizer, portanto, que há consenso na doutrina e na jurisprudência quanto ao cabimento da incidência da Lei de Improbidade aos agentes políticos, observada a exceção relativa à figura do Presidente da República, conforme acima anotado.

2 Foro privilegiado no âmbito da ação civil de improbidade administrativa

No que toca, contudo, à prerrogativa de foro no âmbito da improbidade, a questão se mantém palpitante. É bem verdade que parte da controvérsia advém

do próprio debate que a manutenção do instituto tem ensejado ou por estar com ele imbricada.

2.1 Considerações sobre o foro por prerrogativa de função

O foro por prerrogativa de função ou foro privilegiado, como o próprio nome indica, diz respeito ao privilégio de algumas pessoas de serem processadas e julgadas em foro especial. A garantia seria para o cargo (competência *ratione muneris*) e não para a pessoa que o exerce, estando vinculada às infrações penais comuns, alcançando as infrações eleitorais e as contravenções penais, já tendo sido definido que em ações civis de responsabilidade não há foro privilegiado (AGr. Em Recl. 1.110-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello).

Na lição de Júlio Fabbrini Mirabete, o “foro por prerrogativa de função está fundado na utilidade pública, no princípio da ordem e da subordinação e na maior independência dos tribunais superiores”.

No mesmo sentido, ensina Tourinho Filho que “o privilégio decorre de benefício à pessoa, a prerrogativa envolve a função”.

Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes ressaltam: “Convém anotar que tal prerrogativa de foro é assegurada não em razão de qualquer suspeição contra o juiz de primeiro grau, mas fundamentalmente em decorrência do significado da decisão no quadro político institucional”.

A jurisprudência não discrepa do entendimento doutrinário. Na questão de ordem 687, o Ministro Sydney Sanches afirma que “a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do mandato e não a proteger quem o exerce”. Victor Nunes Leal, na Rcl nº 473, ensina que:

“a jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício como o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plena garantia e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior grau tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas por sua capacidade de resistir seja a eventual influência do próprio acusado, seja a eventuais influências que atuem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia contra e a favor do acusado.”

A Constituição Federal vigente dispõe sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar várias autoridades. O parágrafo 1º do art. 53 outorga foro privilegiado aos deputados e senadores. Também se submetem a julgamento perante o Supremo o Presidente e o Vice-Presidente da República nas infrações penais comuns, bem como os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, nos termos do art. 102, I, *b*. Igualmente, nos termos do art. 102, I, *c*, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores e os do Tribunal de Contas da União, bem como os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

No âmbito Municipal, o inciso X do art. 29 da Constituição estabelece que o Prefeito deve ser julgado perante o Tribunal de Justiça. Da mesma forma, no âmbito estadual, o art. 96, inciso III, da Constituição estabelece que aos Tribunais de Justiça compete julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. No âmbito federal, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal são processados e julgados perante o STJ, consoante art. 105, I, *a*, da CF, bem como os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União. Ainda de se mencionar o julgamento pelos Tribunais Regionais Federais dos juízes federais da área de jurisdição, incluídos os da

Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, e os membros do Ministério Público da União, consoante art. 108, I, *a*, da Constituição Federal.

Observada a resenha das disposições constitucionais que tratam do assunto, percebe-se que a competência especial, inicialmente tímida, vem alargando-se ao longo do tempo, abarcando hoje um plexo enorme de autoridades federais e estaduais integrantes dos três poderes do Estado. Seguindo o raciocínio que vem sendo feito pelo STF, que autoriza o alargamento deste rol, não só parlamentares de todas as categorias, lembrando que o foro especial tem raiz nas imunidades parlamentares, mas também Ministros, Desembargadores, Juízes, Procuradores de Justiça, Promotores Públicos, Defensores, Procuradores do Estado e do Município, Advogados da União, dos Estados e Municípios, Secretários de Estado e Secretários Municipais, membros diplomáticos, afora o Presidente da República, do Supremo, do Congresso Nacional e todos os demais que se acrescerem à lista terão foro privilegiado.

Não fosse somente pelo fato de refugir aos princípios imanentes à democracia e à república, conforme sustentam alguns, há fortes argumentos a sustentar a ineficiência do foro por prerrogativa de função. Um deles, já há muito apontado, é o impacto do foro privilegiado nos tribunais. A ausência de aparelhamento suficiente para tomar medidas típicas de instrução acaba fazendo com que os processos arrastem-se por anos a fio sem solução de mérito, caindo muitas das situações na impunidade, seja pela cessação do mandato do réu ou pela extinção da punibilidade, por morte do réu, perempção etc.

Há estatísticas desalentadoras que apontam a ineficiência da prerrogativa de foro nos Tribunais Superiores em relação à condenação dos culpados, descabendo trazê-las neste breve estudo e tendo em conta o contexto em que se examina a matéria.

O julgamento da AP nº 470, ainda não concluído, é um exemplo da morosidade que o foro privilegiado pode acarretar, anotando que o recebimento da denúncia pelo STF data de agosto de 2007 e que o julgamento somente teve início em agosto do corrente ano.

Afora isso, há quem aponte que o foro privilegiado tem revelado favorecer a manobra da renúncia. Se o STJ ou o STF põe o processo em pauta, o foro deixa de ser interessante para a autoridade, permitindo manobras desse tipo. Riscos do chamado processo ioiô, o que “sobe e desce” ao gosto do freguês.

Há quem diga que a ação civil é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam os atributos da ação penal. De fato, em algumas hipóteses pode ocorrer que haja uma decisão condenatória de caráter penal que apenas imponha uma pena qualquer, sem envolver o afastamento do cargo, e que, em decorrência do mesmo fato, haja uma sentença civil que implique cassação de direitos políticos, o que vai envolver o afastamento do titular do mandato. A sanção civil será mais grave que a penal. A primeira, aplicada eventualmente pelo STF e a segunda, pelo juiz de primeiro grau.

Tal falta de paralelismo, dizem, pode envolver a imposição de juízo superior para referidas autoridades. No entanto, assim não poderá suceder, uma vez que a decisão de primeiro grau estará sujeita a recurso e a sanção civil apenas executada posteriormente à conclusão do segundo grau por força de apreciação da Suprema Corte. Ou seja, dispomos de instrumentos processuais para levar os recursos ao Tribunal, não havendo, sob tal ótica, razão para deslocar a jurisdição para o segundo grau.

Oportuno lembrar que o denominado foro especial por prerrogativa de função em processos criminais é objeto, no momento, de três propostas de emenda constitucional que tramitam no Congresso, visando à sua eliminação ou redução: **PEC nº 81/2007 – Senado Federal – Suprime da Constituição Federal o foro privilegiado em processos criminais; PEC nº 130/2007 – Câmara dos Deputados Federais e PEC nº 168/2007 – Câmara dos Deputados Federais (apensada) – Revoga dispositivos que garantem a prerrogativa de foro ou "foro privilegiado" para autoridades; PEC nº 109/2011 – Senado Federal – Busca o fim do foro privilegiado, visando a evitar que possíveis "acusados" nomeiem seus julgadores, ex.: Ministros do STF que são**

indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal.

2.2 Razões que apontam pelo seu descabimento no âmbito da improbidade

Não é demais frisar que o chamado foro privilegiado decorre sempre da lei. Tratando-se de foro para processar e julgar determinadas pessoas, em razão da importância das funções do cargo exercido, só a Constituição é que pode fixá-lo. Nessa senda, a lei em nenhum momento tratou de assegurar foro privilegiado no âmbito da improbidade.

E quiçá nem caberia assegurá-lo. A ação de improbidade tem natureza civil. Embora a Lei nº 8.429/92 contenha previsão de penas tidas como as mais gravosas do sistema jurídico, porque restringem do cidadão direitos do mais amplo grau de proteção constitucional, sendo de destacar a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, tais efeitos sancionatórios, por si só, não seriam suficientes para justificar que as ações de improbidade devessem se equiparar, em seu procedimento e garantias, em relação a determinadas autoridades, às ações penais comuns. O STJ, conforme se verá mais adiante, adota tese em sentido contrário.

Anote-se aqui que a legalidade penal é uma garantia reconhecida na ordem constitucional brasileira desde o Império. O silêncio quanto à natureza penal das condutas descritas na Lei de Improbidade Administrativa impede que as mesmas sejam consideradas criminais, sob pena de violar-se a garantia constitucional dos indivíduos e da sociedade.

O legislador buscou, por meio da Lei nº 8.429/92, extrair consequências extrapenais ou cíveis *lato sensu*, mais precisamente, no âmbito do direito administrativo. Entender de natureza criminal as figuras da Lei de Improbidade equivaleria a desprestigiar o princípio da legalidade penal.

Fábio Medina Osório entende que a improbidade do art. 37 é diversa daquela encontrada no art. 85 e, para tanto, leciona:

“Entendemos que a improbidade do art. 37, § 4º, não se confunde nem é eliminada por aquela contemplada no art. 85, V, ambas da Magna Carta. Não é o mesmo falar de improbidade no marco da Lei 1079/50, a raiz do que prevê o art. 85, V, da CF, que falar da enfermidade prevista no art. 37, § 4º, da CF. E isso porque a CF previu que a improbidade ali desenhada não é um ilícito penal, sendo distintas e peculiares as consequências previstas. O que estamos a sustentar encontra respaldo no próprio STF, no STJ e em posicionamento recente da Procuradoria-Geral da República, porque todos, sem dúvida, preconizam, de uma parte, a natureza penal dos delitos de responsabilidade, e, de outra, a natureza não penal dos ilícitos de improbidade.”

O Supremo Tribunal Federal, com base no julgamento das ADIs nº 2.797 e nº 2.860, ocasião em que entendeu que o art. 84 do CPP, acrescentado pela Lei 10.628/2002, era inconstitucional, firmando, assim, a competência do juízo de primeiro grau para o processamento e julgamento de ação de improbidade administrativa, vem reafirmando posição no sentido de que não há foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa. Confira-se:

“Agravos regimentais no agravo de instrumento. Improbidade administrativa. Prerrogativa de foro. Inexistência. Precedentes. 1. Inexiste foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa. 2. Agravo regimental não provido.” (AI nº 556727 AgR/SP, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 26.04.2012)

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. LEI 10.628/02, QUE ACRESCENTOU OS §§ 1º E 2º AO ART. 84 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SECRETÁRIO DE ESTADO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 2.797. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Plenário do Supremo, ao julgar a ADI 2.797, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, declarou a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02,

que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal. II – Entendimento firmado no sentido de que inexistente foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa. III – No que se refere à necessidade de aplicação dos entendimentos firmados na Rcl 2.138/DF ao caso, observo que tal julgado fora firmado em processo de natureza subjetiva e, como se sabe, vincula apenas as partes litigantes e o próprio órgão a que se dirige o concernente comando judicial. IV – Agravo regimental improvido.” (AI nº 554398AgR/GO, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 16.11.2010)

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/1992, POR MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, A AGENTES POLÍTICOS QUE DISPÕEM DE PRERROGATIVA DE FORO EM MATÉRIA PENAL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO – CONHECIMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DE OFÍCIO, DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL – MATÉRIA QUE, POR SER ESTRANHA À PRESENTE CAUSA, NÃO FOI EXAMINADA NA DECISÃO OBJETO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO ‘JURA NOVIT CURIA’ EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA – DESCABIMENTO – AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – COMPETÊNCIA DE MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU, QUER SE CUIDE DE OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO, QUER SE TRATE DE TITULAR DE MANDATO ELETIVO AINDA NO EXERCÍCIO DAS RESPECTIVAS FUNÇÕES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – Não se revela aplicável o princípio ‘jura novit curia’ ao julgamento do recurso extraordinário, sendo vedado, ao Supremo Tribunal Federal, por ocasião do exame do apelo extremo, apreciar questões que não tenham sido analisadas, de modo expresso, na decisão recorrida. Precedentes. – Esta Suprema Corte tem advertido que, tratando-se de ação civil por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções, pois a ação civil em questão deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau. Precedentes.” (AI nº 506323 AgR/PR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgamento 02.06.2009)

Destaco aqui excerto do voto condutor do julgamento da ADIn nº 2.797, Rel. o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, na parte em que afasta a possibilidade de atribuição de caráter penal aos atos de improbidade, fazendo um paralelo com o trato que vem sendo dado à ação popular:

“(…) 84. A ação de improbidade administrativa é uma ação civil: evidencia-o o art. 37, § 4º, da Constituição, ao explicitar que as sanções que comina à improbidade administrativa serão impostas ‘sem prejuízo da ação penal cabível’.

85. O Tribunal jamais deduziu de sua competência originária para o processo penal contra os mais altos dignitários da República a de conhecer de ações civis contra eles propostas por atos de ofício, ainda que delas possa decorrer a condenação da autoridade a diferentes sanções civis: a ação popular é o exemplo mais frequente dessa nítida distinção jurisprudencial. (...)”

2.3 Razões que justificam a sua adoção no âmbito da improbidade

Aplicando o mesmo entendimento fixado pelo STF na Pet-QO nº 3.211/DF, a Corte Superior, em vários julgados, vem assentando que os agentes políticos deveriam ter suas ações de improbidade julgadas no foro constitucionalmente assegurado. Confira-se:

Governador de Estado

“CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE CONTRA GOVERNADOR DE ESTADO. DUPLO REGIME SANCIONATÓRIO DOS AGENTES POLÍTICOS: LEGITIMIDADE. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: RECONHECIMENTO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STJ. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA RECLAMAÇÃO. 1. Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade,

de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza. 2. Por decisão de 13 de março de 2008, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário, declarou que 'compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros' (QO na Pet. 3.211-0, Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008). Considerou, para tanto, que a prerrogativa de foro, em casos tais, decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que assegura a seus Ministros foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns, na própria Corte, quanto em crimes de responsabilidade, no Senado Federal. Por isso, 'seria absurdo ou o máximo do contrassenso conceber que ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo. Isso seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência' (voto do Min. Cezar Peluso). 3. Esses mesmos fundamentos de natureza sistemática autorizam a concluir, por imposição lógica de coerência interpretativa, que norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns (perante o STJ) quanto em crimes de responsabilidade (perante a respectiva Assembléia Legislativa). É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 105, I, a), há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça. 4. Reclamação procedente, em parte." (RCL – RECLAMAÇÃO – 2790, Corte Especial, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 04.03.2010)

Deputado Estadual

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DEPUTADO ESTADUAL. PROCESSO E JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O foro especial por prerrogativa de função é uma garantia que compõe o devido processo legal e tutela as pessoas indicadas na Constituição Federal e nas Constituições dos Estados, estabelecendo a privatividade das Cortes Julgadoras para o processo e o julgamento de ações sancionatórias contra elas assestadas. 2. Inicialmente instituído para ter aplicação no âmbito do Processo Penal, o foro especial por prerrogativa de função foi assegurado, também, às pessoas que, detentoras dessa prerrogativa no crime, sejam processadas por ato de improbidade, conforme diretriz superiormente afirmada pela Corte Especial do STJ (RCL 2.790/SC). 3. Como consignado no voto do Relator da RCL 2.790/SC (Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI), o precedente da QO na PET 3.211-0, do STF (Rel. Min. MENEZES DIREITO), serve como elemento de definição implícita da competência do STJ, por imposição lógica e coerência interpretativa. 4. Nesse caso, a Constituição Potiguar (art. 71, I, alínea c) prevê o foro especial do Deputado Estadual no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. 5. Agravo Regimental a que se nega provimento, mantendo-se a tutela liminar, até o julgamento da Medida Cautelar pela Turma." (AgRg na MEDIDA CAUTELAR nº 18.692, RELATOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, j. 15.12.2012, DJe 20.03.2012)

Deputado Federal

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE POLÍTICO ELEITO PARA O CARGO DE DEPUTADO FEDERAL. AÇÃO QUE PODE ENSEJAR A PERDA DO MANDATO. FORO PRIVILEGIADO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA CORTE ESPECIAL DO STJ. REMESSA DOS AUTOS AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Trata-se de agravo regimental interposto por Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira contra decisão que negou provimento a seu agravo de instrumento. 2. A Primeira Turma do STJ, acolhendo questão de ordem apresentada pelo Ministro Teori Albino Zavascki, na sessão de julgamento realizada em 27.09.2011, entendeu declinar da competência para o julgamento do presente recurso e determinar sua remessa, no estado em que se encontra, ao Supremo Tribunal Federal, em razão de o agravante, que é réu em ação de

improbidade administrativa, ter sido eleito, supervenientemente ao ajuizamento da ação, como deputado federal. 3. A Corte Especial do STJ, após alteração do entendimento jurisprudencial até então prevalecente no âmbito do STJ, vem entendendo, de forma pacífica, que o foro privilegiado também deve ser aplicado às ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, quando houver a possibilidade de a autoridade investigada perder o cargo ou o mandato. A respeito, *vide*: Rcl 4.927/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe 29.06.2011; AgRg na Sd 208/AM, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Corte Especial, DJe 12.05.2010; Rcl 2.790/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 04.03.2010. 4. Remetam-se os autos ao STF." (AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO nº 1.404.254 – RJ, RELATOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgamento 27.09.2011, DJe 17.10.2011)

Membros do TRT

"AÇÃO DE IMPROBIDADE ORIGINÁRIA CONTRA MEMBROS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. LEI 8.429/92. LEGITIMIDADE DO REGIME SANCIONATÓRIO. EDIÇÃO DE PORTARIA COM CONTEÚDO CORRECIONAL NÃO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE IMPROBIDADE. 1. A jurisprudência firmada pela Corte Especial do STJ é no sentido de que, excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza (Rcl 2.790/SC, DJe de 04.03.2010). 2. Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, para as do artigo 10. 3. No caso, aos demandados são imputadas condutas capituladas no art. 11 da Lei 8.429/92 por terem, no exercício da Presidência de Tribunais Regionais do Trabalho, editado Portarias afastando temporariamente juizes de primeiro grau do exercício de suas funções para que proferissem sentenças em processos pendentes. Embora enfatize a ilegalidade dessas Portarias, a petição inicial não descreve nem demonstra a existência de qualquer circunstância indicativa de conduta dolosa ou mesmo culposa dos demandados. 4. Ação de improbidade rejeitada (art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92)." (AIA nº 30, RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, Corte Especial, julgamento 21.09.2011, DJe 28.09.2011)

Vê-se, pois, que a Corte Superior vem entendendo que o foro privilegiado também deve ser aplicado às ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, quando houver a possibilidade de a autoridade investigada perder o cargo ou o mandato.

Saliento aqui que, relativamente aos Prefeitos, a Corte Superior tem entendido que, declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 84 do CPP, não há como falar em foro privilegiado por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa ajuizadas contra prefeitos. Segundo o STJ, o julgamento das autoridades – que não detêm foro constitucional por prerrogativa de função, quanto aos crimes de responsabilidade –, por atos de improbidade administrativa, continuará a ser feito pelo juízo monocrático da justiça cível comum de 1ª instância.

2.3.1 Posição do Ministro Gilmar Mendes

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, não há base para dizer sobre a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, havendo muitos discursos contra a manutenção da prerrogativa de foro.

Refere que o debate sobre a prerrogativa de foro no Supremo ficou contaminado no âmbito criminal porque associado ao processo contra o parlamentar, sendo que o cancelamento da Súmula nº 394 ("**Cometido o crime durante o**

exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício") gerou uma visão negativa no STF sobre o instituto.

Até a EC 35/2001, que alterou a estrutura jurídica da imunidade processual parlamentar, os processos cuja competência se dava por prerrogativa de foro não tinham andamento, sendo que após tal reforma o quadro mudou, não sendo mais necessária a aprovação da Câmara ou do Senado para iniciar a ação contra o parlamentar.

Aponta o Ministro Gilmar Mendes que, atualmente, temos um verdadeiro fenômeno de judicialização, inclusive da atividade política, e mesmo de criminalização da atividade política. O adversário político, diz ele, hoje remete sua denúncia ao Ministério Público, podendo ser instaurado um processo de índole criminal que revela as brigas, as escaramuças políticas.

Afirma que, no atual estágio civilizatório, não é possível dispensar a ideia de foro por prerrogativa de função em interesse da governança institucional. Entende que o foro por prerrogativa de função não visa a proteger as pessoas, mas ao exercício isento de suas funções.

Afastar o foro por prerrogativa de função, segundo ele, acabaria por expor o agente político aos riscos do exercício livre e timorato das suas funções, cabendo ao STF, porém, tomar medidas para dinamizar o processo por prerrogativa de função, criando setores que acompanhem tais feitos, advertindo, por exemplo, quanto à sua prescrição.

Manifesta-se o Ministro Gilmar Mendes a favor da ideia do foro por prerrogativa de função, na medida em que este visa a colocar a autoridade a salvo de impulsos que existem (os mais diversos) e evitar as vinditas do jogo político. Fala, inclusive, que deveria ser possibilitada a **ultra atividade** do foro privilegiado; diz que o momento após a cessação do mandato ou o afastamento do cargo pode ser a ocasião em que a autoridade mais necessita desse tipo de isenção.

Admite que a inexistência de alteração no modelo da prerrogativa de função, contudo, levou à sua desfuncionalidade, à sua não funcionalidade, não atividade, levando à ideia de que o modelo era consagrador da impunidade.

É bem verdade, diz ele, que, a partir da Lei nº 8.429/92, dispomos de amplo leque de formulação de propostas de atos de improbidade. O rol é imenso e genérico, *vide* a fórmula do art. 11 da LIA.

Segundo uma leitura republicaníssima do sistema, o promotor de primeiro grau poderia propor ação perante o juiz de primeiro grau contra o Presidente da República, contra o Governador de Estado ou contra o Presidente do Senado Federal, com resultado na suspensão dos direitos políticos dos réus.

Há uma tensão dialética, diz o Ministro Gilmar Mendes. Se o Senador ou Deputado for responsabilizado por um atropelamento, poderá responder perante o STF, mas, se for responsabilizado por ato administrativo, estará submetido a qualquer foro, correndo o risco de ter seus direitos políticos suspensos. Isso suscita indagações. Seria necessária uma integração hermenêutica, a par das questões políticas e do *ethos* que inspira a chamada prerrogativa de foro.

Esse tipo de abertura permite a politização da controvérsia. Agentes do MP podem ser cooptados por determinada tendência política e atuar diretamente, dando curso a ações políticas. E isso ocorreu e ocorre, afirma.

Ações combinadas entre agentes partidários e agentes que tem um *múnus* público elevado ocorrem diante dessa possibilidade e logo anuncia-se uma ação de improbidade para criar constrangimento. Foi o que ocorreu na Rcl nº 2.138, afirma.

Refere que o sistema deve ordenar, fiscalizar, criar normas processuais para

evitar isso.

Não há forma de compatibilizar a ação de improbidade com o modelo de prerrogativa de foro que, inclusive, define os crimes de responsabilidade, a não ser que se reconheça a possibilidade de processá-la, se for o caso, perante o órgão competente. Toda a tensão dialética que se estrutura e todas as incoerências que se produzem recomendam que ou assumamos claramente que se trata de crime de responsabilidade, o que implica, de *lege ferenda*, a atualização da Lei nº 1.079/50, ou que aceitemos, de fato, a possibilidade de essas ações serem propostas por quem tem legitimidade, perante o tribunal competente.

Não há como fazer a justificativa que se faz para propormos a ação perante o primeiro grau, de se obter uma decisão do segundo grau que confirme a suspensão dos direitos políticos e dizer que isso se enquadra na estrutura que nós construímos em termos de prerrogativa de foro: isso seria uma interpretação ablativa do texto constitucional. Melhor seria suprimir o modelo por prerrogativa de foro.

Mas, claro, diz que o modelo necessita das adequações devidas, de dinâmica própria, afastada a rima imunidade e impunidade.

Diz que o STF terá oportunidade de reexaminar o assunto no noticiado caso que envolve o Ministro da Fazenda Guido Mantega (MS 31234 MC/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 22.03.2012).

Oportuno noticiar aqui que houve a concessão de medida liminar naquele feito, para o fim de determinar que a representação sobre a suposta improbidade praticada pelo impetrante seja examinada pelo Procurador-Geral da República. Eis excertos da daquela decisão:

“(…) Sob o prisma da fumaça do bom direito, a decisão da autoridade coatora ofende o entendimento desta Suprema Corte exteriorizado na QO da Pet nº 3.211, no sentido de que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar atos de improbidade contra autoridades que gozem de prerrogativa de foro no seu âmbito. (...) *In casu*, o impetrante é Ministro de Estado e, nessa condição, responde originariamente perante o Supremo Tribunal Federal pelas infrações penais comuns e por crimes de responsabilidade (art. 102, inciso I, alínea c, da Constituição da República), processos que podem acarretar, por exemplo, a perda do cargo público. Não seria coerente com a unidade normativa do texto constitucional, consoante já reconhecido nos precedentes acima transcritos, que Ministro de Estado respondesse como réu em ação de improbidade em trâmite no primeiro grau de jurisdição, na medida em que o referido feito também pode acarretar a perda da função pública. Dessome-se, portanto, que, a despeito da nítida oscilação jurisprudencial pretérita sobre o tema, o entendimento de que agentes políticos podem responder como réus em ação de improbidade, mas com observância da prerrogativa de foro, tem se consolidado mais recentemente na jurisprudência pátria e, em particular, no âmbito desta Suprema Corte, o que impõe a desconstituição do ato impugnado neste *writ*. No que tange ao *periculum in mora*, o atraso na prestação jurisdicional pode acarretar prejuízos irreversíveis à autoridade da República brasileira que dispõe de prerrogativa em matéria de improbidade, e que teria de responder perante juízo incompetente em ação de gravidade ímpar.” (Decisão monocrática, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 26.03.2012)

2.3.2 Posição do Ministro Teori Albino Zavascki

O Ministro Teori Zavascki, por sua vez, também propugna pelo exame contextualizado e sistemático do tema.

Refere estarmos diante de uma ação civil, mas com finalidade penal, o que é inédito no nosso processo civil, sendo natural que o operador do processo civil tenda a interpretar a ação de improbidade à luz de sua compreensão civil, sem atentar que estamos diante de ação não tipicamente civil.

Lembra que a CF/88 dedicou normas específicas e muito expressivas ao adequado funcionamento das instituições públicas e da Administração, como

condição essencial do Estado Democrático de Direito. As boas práticas administrativas foram subordinadas a princípios explícitos no art. 37 e, nesse contexto, surgiu a LIA.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu vários mecanismos de controle para tutelar a boa Administração. Ao lado dos já existentes – mandado de segurança e ação popular –, foram criados o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública, assim como, no art. 37, § 4º, foi prevista a ação por improbidade administrativa.

Assinala que o que caracteriza a ação de improbidade é o seu aspecto repressivo. A LIA dispõe sobre sanções – a ementa da Lei é clara neste sentido –, não se prestando a prevenir lesão a direito, conforme se admite na ação civil pública ou na ação popular, instrumentos que admitem tutelas preventivas. Diz que a LIA destina-se a aplicar sanções, o que supõe cometimento de um ilícito.

Leciona o Ministro Teori que as sanções jurídicas, em um sentido genérico, são de variadas naturezas e comportam diferentes classificações: civis, administrativas, disciplinares e penais.

Lembra que no campo puramente cível, se a lesão tem natureza patrimonial, dá ensejo à sanção de recomposição *in natura* da situação anterior ou à reparação por equivalente em dinheiro. Ainda no campo cível, se a lesão tem apenas natureza jurídico-formal, as correspondentes sanções assumem feição semelhante também no plano jurídico-formal e consistem na nulidade ou anulabilidade do ato desconforme ao direito: tutela constitutiva-negativa. Se a sanção, porém, é de natureza punitiva, não tem função recompositória, seja do ponto de vista patrimonial ou jurídico-formal. Tem, sim, a finalidade de punir o infrator. Essa espécie de sanção, diz o Ministro Teori, compõe o *jus puniendi* do Estado, cuja face mais evidente é a repressão dos ilícitos penais, mas que se manifesta também nos ilícitos administrativos e disciplinares. Refere que o regime jurídico das sanções punitivas é significativamente diferente do das sanções civis, sujeitando-se aos princípios da legalidade, da tipicidade, da individualização das penas e da presunção de inocência, o que traz reflexos no plano do processo. As condutas típicas são dolosas e as culposas são exceção e supõem lei que as admita. A ação de improbidade, diz ele, visa a aplicar variadas sanções, umas de natureza civil, outras de natureza punitiva, cabendo verificar como o legislador arquitetou essa nova ação para aplicar sanções repressivas no âmbito de um processo administrativo que não tem nenhuma tradição nesse sentido.

O art. 37, § 4º, da CF estabeleceu que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário. Depois, a lei acrescentou a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

A indisponibilidade de bens não é propriamente uma sanção, é medida de garantia. O ressarcimento ao erário é sanção em sentido genérico, disciplinada pelo regime jurídico da responsabilidade civil. É objeto próprio da ACP em defesa ao erário e efeito secundário da sentença penal condenatória (art. 91, I, CP), considerada título executivo no plano do processo civil. Para aplicar sanção de reparação de danos, portanto, não havia necessidade de criação de novo procedimento judicial. A LIA foi editada visando fundamentalmente à aplicação de sanções de natureza punitiva. A sanção de reparação de danos na LIA funciona com objeto acessório, como é no processo penal. As sanções típicas punitivas da LIA são a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Afirma não haver dúvida de que as sanções aplicáveis aos atos de improbidade não têm natureza penal, mas que não se podem negar os pontos de identidade entre as duas espécies, seja quanto à função, seja quanto ao conteúdo. Não há diferença entre perda da função pública, suspensão dos direitos políticos ou imposição de multa pecuniária quando decorrente de ilícito penal ou administrativo. Para quem sofre a pena não

há diferença, o conteúdo é o mesmo. A rigor, diz ele, a diferença entre essas penalidades se situa somente no plano puramente jurídico, relacionado aos efeitos da condenação em face de futuras infrações. A condenação criminal produz consequências próprias do antecedente e perda de primariedade. Só a pena privativa de liberdade é genuinamente criminal. Tirando a pena privativa de liberdade, as demais penas do art. 5º, CLVI, da CF são absolutamente semelhantes, havendo princípios comuns aos regimes sancionatórios. Essa identidade substancial das penas dá suporte à doutrina da unidade da pretensão punitiva, cuja principal consequência é a adoção de princípios comuns ao direito penal e ao direito administrativo sancionador. Embora não se possa traçar uma absoluta unidade desses regimes jurídicos, não há dúvida de que há princípios comuns a qualquer sistema sancionatório, sejam os ilícitos penais ou administrativos: legalidade, tipicidade, responsabilidade subjetiva, presunção de inocência e individualização da pena.

Explica que há semelhanças entre o procedimento judicial destinado à ação de improbidade, especialmente na fase de admissibilidade da demanda, prevista nos §§ 6º a 12 do art. 17 da LIA, e o procedimento da ação penal. A preocupação do legislador foi adequar o processo civil a uma determinada e atípica parcela do processo penal, de modo que a LIA fosse um instrumento para imposição de penalidades ontologicamente semelhantes às das infrações penais. A identidade material das penas veio a se juntar a identidade formal dos mecanismos de sua aplicação, diz ele. O procedimento da LIA é igual ao procedimento previsto nos arts. 513 a 518 do CPP, que tratam do julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos. É tudo semelhante, com as devidas adaptações.

Diz que o procedimento do processo de improbidade foi importado do CPP, e que essa importação de mecanismos do processo penal traz situações inéditas no processo civil, cujo enfrentamento requer adequação.

A partir dessa visão, no que toca aos agentes políticos, identifica dois problemas principais:

1º) se os agentes políticos que respondem por crime de responsabilidade estão sujeitos ao regime da LIA;

2º) se os agentes políticos que no plano penal têm foro por prerrogativa de função têm também tal prerrogativa no âmbito da ação de improbidade.

Analisando a decisão do STF na Rcl nº 2138, o Ministro Teori diz que se pode identificar um ponto em comum entre as duas correntes que se formaram, seja implícita ou explicitamente, qual seja, que ambas reconhecem a perplexidade de que os agentes políticos detentores de cargos de maior nível institucional, que gozam de foro por prerrogativa de função no âmbito penal, mesmo por crimes que acarretem simples pena de multa pecuniária, possam sofrer a pena de perda do cargo ou de suspensão dos direitos políticos em processo de competência de juiz de 1º grau. A preocupação é essa. Mas o precedente não resolve o problema, pois muitos agentes políticos não se sujeitam a crime de responsabilidade.

Por influência dessa preocupação comum, há nas duas correntes a invocação cumulativa de elementos argumentativos de natureza substancialmente diferentes. Fundamentos de ordem instrumental, como regime de competência para julgar ação de improbidade ou crime de responsabilidade, são trazidos para sustentar conclusões de natureza material, como duplicidade de regimes.

Percebe-se que disposições normativas infraconstitucionais, como a Lei nº 1.079/50, são invocadas como elemento de argumentação para interpretar o sistema sancionador constitucional, invertendo-se o sentido da hierarquia das normas. A lei infraconstitucional não pode servir de base à interpretação da Constituição. O precedente do STF na RCI nº 2.138 não pode perdurar sob esses fundamentos.

Sob o ângulo exclusivamente constitucional, separados os elementos de argumentação segundo a sua natureza própria, é difícil também justificar a tese de que todos os agentes políticos de que trata a Lei nº 1.079/50 estão imunes,

ainda que parcialmente, às sanções de improbidade.

Segundo a Constituição (art. 37, § 4º), qualquer ato de improbidade está sujeito às sanções nela previstas. O legislador ordinário não pode limitar o alcance do mandamento constitucional. Só a própria Constituição pode fazê-lo.

E na Constituição não podemos tirar a imunidade dos agentes políticos. A Constituição, quanto aos crimes políticos, conta com normas que tratam da competência para julgar os crimes de responsabilidade e com outras que dispõem sobre aspectos objetivos de identificação das condutas tipificadoras. O art. 102, I, c, da CF só trata de competência para julgar crimes de responsabilidade. E não há como retirar dessa disposição a conclusão de que o agente político não responde pelos atos de improbidade na forma do art. 37, § 4º. Não há falar que dessa norma ou que de qualquer regra de competência, de natureza exclusivamente instrumental, possa decorrer sua incompatibilidade material com o art. 37, § 4º, da CF. Essas normas incitam, sim, um problema de natureza processual concernente à necessidade de compatibilizar as normas sobre prerrogativa de foro com o processo destinado à aplicação das sanções por improbidade. Não é um problema de imunidade, mas de competência.

O segundo grupo de normas constitucionais é o das que indicam o elemento objetivo das condutas que caracterizam o crime de responsabilidade (art. 32 e art. 29, § 2º, da CF, dentre outros). A única alusão à improbidade administrativa como crime de responsabilidade é a que consta do inciso V do art. 85, que dispõe sobre o crime de responsabilidade contra a probidade, praticado pelo Presidente da República. Só aqui se pode identificar concorrência de regimes.

A conclusão a que chega o Ministro Teori é de que, excetuada a hipótese do art. 85, V, da CF, não há norma constitucional que imunize os agentes sujeitos a crime de responsabilidade contra as sanções estabelecidas na Lei de Improbidade. O que há é um problema processual, pois as sanções da LIA são de conteúdo idêntico às sanções que se alinham no PP.

A solução constitucional para esse problema não é a imunização dos seus agentes, mas sim o reconhecimento do foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade, assim como nas ações penais.

Diz o Ministro Teori que não está a defender o foro por prerrogativa de função. Alerta, porém, que temos um regime constitucional para as sanções de natureza penal e que resta saber se as sanções da Lei de Improbidade, semelhantes às sanções penais, também têm prerrogativa de foro. Se a CF tem por importante a prerrogativa de foro, seja qual for a gravidade da infração ou a natureza da pena aplicável no caso de condenação penal, não há como deixar de considerá-la insita ao sistema punitivo da ação de improbidade, cujas consequências relativamente ao acusado e ao cargo são ontologicamente semelhantes e eventualmente até mais gravosas do que aquelas.

Se há prerrogativa de foro para infrações penais que acarretam simples pena de multa pecuniária, não teria sentido retirar tal garantia para as sanções de improbidade que importam na perda da função pública e na suspensão dos direitos políticos.

Lembra, por fim, que temos inúmeras situações de competência implícita ou não explícita que vêm sendo tranquilamente admitidas. Por exemplo: no plano federal, ação penal por crimes federais praticados por parlamentares estaduais e Prefeitos – por construção jurisprudencial, entendeu-se que tal competência é do TRF, mas isso não está na CF –; no plano cível, a competência dos TRFs para julgar MS impetrado por ente federal contra ato de juiz de direito. Há inúmeros casos. As competências implícitas complementares são admitidas na jurisprudência e na doutrina.

Por todos esses motivos, o STJ, que antes se posicionava pelo afastamento do foro por prerrogativa de função no âmbito da improbidade, acabou por alterar seu entendimento. Diz que o assunto ainda não sofreu o devido exame pelo STF nessa visão. Diz que a questão está viva e comporta muita discussão.

Conclusão

Diante dessas considerações, é inarredável a conclusão de que:

1º) aplica-se a Lei de Improbidade a quaisquer agentes políticos, não remanescendo dúvida, seja na doutrina ou na jurisprudência, quanto à incidência da Lei nº 8.429/92 sobre estes;

2º) ainda não está sedimentado o entendimento quanto à possibilidade de os agentes políticos gozarem de foro por prerrogativa de função no âmbito da improbidade. Essa a questão que segue controversa. Seguindo os precedentes do STJ, é possível concluir que se está generalizando o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade, ao menos em relação àquelas que possam culminar com a perda do cargo. Transpondo a ausência de previsão constitucional, essa é a interpretação que vem prevalecendo.

Minha opinião. Não há criar, via técnica de interpretação, foro por prerrogativa de função. Competência não se presume e, assim, deve ser interpretada restritivamente. E isso já restou assentado pelo Supremo. No julgamento das ADIs nº 2.797/DF e nº 2.860/DF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a Corte Suprema entendeu que somente o poder constituinte, originário ou derivado, pode criar foros por prerrogativa de função, não possuindo o legislador e muito menos o Poder Judiciário atribuição para tanto.

Não fosse pela evidente opção política e discricionária do legislador constituinte, que não previu foro privilegiado aos agentes políticos no âmbito da improbidade, não é demais lembrar que o foro por prerrogativa de função tem raiz nas imunidades parlamentares e no crime de opinião, passando a legislação processual a adotá-lo, de forma malsinada, não sobre a natureza dos fatos, mas sobre a qualidade das pessoas acusadas. Não é demais lembrar também que a probidade está endereçada à proteção ao patrimônio público na sua acepção mais ampla. A despeito de todas as questões processuais ou de ordem política que possam ser erigidas para justificar a admissão do foro privilegiado no âmbito da improbidade, discussão, aliás, presentemente acirrada em face do julgamento da ação penal nº 470, a adoção do foro privilegiado nas ações de improbidade não pode ser vista como priorização à proteção ao patrimônio público. Não vejo qualquer utilidade pública em atribuir tal garantia aos agentes políticos, por mais que se proclame a necessidade de garantir a “governança institucional”.

É previsível que o reconhecimento do foro privilegiado acabará por condescender à improbidade, seguindo o exemplo do que ocorre no âmbito criminal. Vale lembrar aqui, falando do julgamento da referida ação penal, que nunca se argumentou tanto sobre a necessidade de observância ao princípio do juiz natural, o que leva a crer que o foro por prerrogativa de função, sem dúvida, pode ser usado tanto para prejudicar quanto para favorecer o réu do processo. E, nesse cenário, não há de se consentir que o interesse público, imanente ao controle da probidade da Administração, converta-se recôndito.

Referências bibliográficas

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA LEI DE IMPROBIDADE. Disponível em <www.trf4.gov.br/acervoemagis>. Acesso em: 17 ago. 2012.

CURSO SOBRE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AGENTES PÚBLICOS. Disponível em <www.trf4.gov.br/acervoemagis>. Acesso em: 10 e 11 maio 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 685-9.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular (...)**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 135.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, [2004?]. p. 230.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 187.

NEIVA, José Antônio Lisboa. **Improbidade Administrativa**. Niterói/RJ: Impetus, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Probidade na Era dos Desencantos**: Crise e Propostas de Restauração da Integridade Dogmática da lei nº 8.429/92. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et. al. (org.). ob. Cit. p. 181-2.

SANTIAGO, Alexandre Jésus de Queiroz. Pela defesa eficaz da probidade administrativa: Algumas reflexões sobre a conclusão do julgamento da Reclamação nº 2138, que tramita no STF, sob o prisma da hermenêutica político-constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 941, 30 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7891>>.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade administrativa**: reflexões sobre a Lei nº 8.429/92. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TOURINHO FILHO. **Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 126.

WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. **Revista de Informação Legislativa**, ano 35, 138, abr/jun 1998. p. 213-8.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

MEDEIROS, Lenira Pinho de. Prerrogativa de foro no âmbito da improbidade: imunidade ou impunidade?.

Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em:

< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Lenira_Medeiros.html>

Acesso em: 05 nov. 2012.